

國際私法上の離婚

一

終生の共同生活を目的とする婚姻は、死亡によるの外解消することさえざるものか否か。カトリックの教会法はエヴァンゲリエンより完全婚姻 (*matrimonium*) の不分離性を結論づけ、トリエンツの宗教會議以来、始めて別居 (*separatio quoad torum* 離婚) を許したが、婚姻の非解消性を絶対化した。エヴァンゲリシユの教会法は婚姻のサクラメントを否定し、姦通の場合にバシンドの分離を許すために、聖書の他の節を引用した。かくて、惡意の遺棄 (*desertio*)、その他の原因も認められ、離婚は可能となつた。ヨーロッパにおいては、十六世紀まで、婚姻事件は専ら宗教裁判所の管轄に属し、二三の国で一般の裁判所に移つても、判決は教会法により行われた。フランス革命による啓蒙自然法の流行は、婚姻は契約なりとの羅馬法的見解を復活せしめ、婚姻の解消性は合理化せられた。一七九四年のプロシア一

関根萬之助

般州法では、約三〇もの離婚原因を掲げ、離婚の世俗化を図つてゐる (*Mitteis, Deutsches Privatrecht, 2. Aufl. S. 55*)。元來、婚姻は男女の終生の共同生活を目的とする結合であるから、これを中途で解消することは、婚姻の本質に反し、決して望ましいものではない。しかし、共同体が破綻に瀕した場合に、なおもこれを強制することは一層の弊害を生ずる。離婚は好ましからざる制度であるが、これを一の惡とすることも問題である。これ有責主義主義の立法より目的主義破綻主義客觀主義への變遷であらう。近代法が婚姻を保護するのは、それが生殖に奉仕するものである故、客觀的に破綻せざる限りにおいてのみ、その価値があるといわれる (*Schnitzer, Vergleichende Rechtslehre, S. 338*)。要するに、離婚を認むべきか否か、またこれを認めるとしてそのいかなる原因によるかは、各時代各社会の特殊性の中に見出される正当性にもとずいて決定すべきものであらう (*野田・身分* 法學七六頁)。これ、当事者の生存中において婚姻のバンドを解消する離婚は、單に当該夫婦の間

題であるばかりでなく、その子に対し、その家族に対し、さらにその属する国家社会の安寧秩序に重大な関係があるからである（宮崎・新婚姻。論一六頁）。

今日、世界の大部分の国（ベルギー、ブルガリア、ドイツ、フランス、オーストリア、ポランド、ポルトガル、ルーマニア、スイス、北欧諸国、ソ連邦、トルコ、イギリス、アメリカ合衆国（ただしサウス・カロライナを除く）、ポリヴィア、キューバ、エクアドル、グアテマラ、ハイチ、ホンジュラス、メキシコ、ニカラガ、ペルー、サン・サルヴァドル、ウルグアイ、ヴェネズエラ、サントミンゴ）は離婚を認めるが、ローマ・カトリック系諸国（イタリア、スペイン、アルゼンチン、ブラジル、チリ）はこれを認めない。これらの国はただ別居を許している。これに対して、ブルガリア、ドイツ、ギリシア、ユポランド、ルーマニアの諸国は離婚だけで別居は認めない。スイスは不定期間の別居と確定期間（三年より）の別居を許し、フランスはただ不定期間において別居させている。また、イタリアでは、民事裁判所による民事婚の別居と、カノン法による教会婚の別居ができる（Schulzer, Handbuch d. iPR. 3. Aufl. Bd I, S. 34ff.）。わが国でも、離婚は古くより認められてきたが、封建的な父権的家族制度のもとに、全く男子専権のものであった。わが民法は協議離婚と裁判離婚を認めるが、家事審判法によりさらに調停離婚と審判離婚が加えられている。

ここにおいて、わが国に居住する外国人夫婦で、夫は離婚を認めないイタリア人で妻はこれを許すドイツ人なる場合に、かかる夫婦はわが国で離婚をなしうるか否か、ドイツ人なる妻は夫の遺棄を理由としてわが裁判所に離婚の訴を提起しうるか否

か、また彼女が本国ドイツにおいてえた離婚判決はその効力がわが国にも及ぶか等の疑問を生ずる。かくの如く、異つた法秩序に服する諸国民の国際的生活関係においては、そこに必然的に法の衝突が予想せられ、その解決のための準則が要請せられる。これが国際私法である。

まず、かかる要請に直接答える方法としては、国際条約にもとづいて離婚に関する統一的国际私法を制定することである。

この試みは、すでに、一九〇二年ハーグ国際私法会議の「離婚並びに別居に関する法律及び裁判管轄の衝突を規定する条約」があるが、これは現在ヨーロッパの数国が加盟するだけで、一般的のものではない。わが国も第四回の会議以来代表を送っているが、未だに加盟していない（川上・国際私法。講座一卷五五頁）。

離婚に関する国際問題解決のためには、各国に共通する原則の確立されることが理想であり、実に世界に唯一独存的普遍妥当な国際私法の定立が望ましいのである。しかし、現実はこの理想に遙かに遠い。かくて、国際私法の対象は国際的法律要件であるにもかかわらず、これを規律せんとする法秩序は、現在、一国的な国内法の立場よりなさざるをえない。ここに、国際私法における、他の法律分野にみられない問題の複雑性とその解決の至難さがある。されば、今日、この世界に唯一独存たるべき国際私法秩序が、皮肉にも、世界の独立国の数だけ存在するという、奇異な現象を呈している。ヴォルフはこれを適切に述べている「国際私法の問題中、文献において、また特に裁

判において、最も論ぜられるものは、身分法における婚姻の締結と離婚に関する問題である。世界の婚姻実体法は、その取引法に對し、比較にならぬほど相違している。これら婚姻法の規範の大部分は、それが公序(*ordre public*)の原則とみられる位に、強く諸国民の文化生活の中に根ざしておる。ここにおいて、判決の調和(*Einigung*)を招来すべき國際私法の目的に對し、さらに次のことが留意されなければならない。それは二人の人間の結合が、一国では有効な婚姻とされ、他国においては無効な婚姻あるいは全くの野合として取扱われるということである。これは、実体法および抵触規定の今日の狀態では、しばしば發生するにもかかわらず、なおも避けられない一つの結果なのである。國際婚姻法の諸問題に関するヘーグの事業も、本質的には失敗せるものと看做さなければならぬ」と(Martin, *Das internationale Privatrecht Deutschlands* 3 Aufl. 1934, S. 137)。(Wolf, *Wolf* はその三版において國際私法の表題に独逸國の名称を冠してゐる)。

されば、國際離婚問題については、かかる問題はいかなる國のいかなる法秩序により解決せられるか、すなわち離婚の準拠法はいかなる國の法律か、また離婚が裁判所の宣告による場合いずれの國の裁判所がかかる事件の管轄権を有するか、さらに判決が外国で行われた場合にかかる判決はわが國においても承認せられるか等の諸問題を生ずる。以下、右の順序により、その主要な点につき論ずることとする。なお、別居については、國際私法上離婚と同様に取扱われるのを例とするが、これはわが民法の認めない制度であり、若干問題があるから稿を改めて

論ずることとする(わが國における裁判上の別居は法例第一六条但書もあり一五八五―一六頁、夫の本國法的方式による協議上の別居は肯定されている。しかしこの場合も法例第三〇条の干渉が相当強いのではないだろうか、結局實際上は特殊の場合を除き大部分否認せられるものではなからう)。最後に Schnitzer の解説を中心、世界の離婚に関する法律狀態を概観し、参考とする。

二

いかなる法秩序が婚姻のバンドを断ち切ることができるか。これ、國際私法における準拠法決定の根本問題である。

ドイツにおいては、普通法時代に、法廷地法(*Lex fori*)によるか、夫の屬人法によるかが争われたが、これは見方によつては今日も続いておる。離婚を法廷地の道德公序の問題とみれば前者となり、離婚を夫婦たる身分關係を消滅せしめるものとみれば後者となる。前者は屬地的見解であり、法廷地法というも離婚の管轄権は当事者の住所地にあるので、結局は住所地法(*lex domicilii*)と同一である。今日、これによるものは、イギリス、アメリカ合衆国、ソ連邦、エストラカン、ドイツ、デンマーク、ノルウェー、ギリシア、ラテンアメリカ諸國等である。後者は、身分能力に関する事項は当事者の屬人法によることを合理的とし、フランス民法以来近代主權國家の確立とともに、それは当事者の本國法なりとする。これによるものは、ドイツ、フランス、ポランド、ベルギー、オランダ、スイス、イタリア(ただし別居についてのみ)等である。離婚の準拠法として屬人法にもとづく本國法主義を採用する立法においても、離婚はまた内國の公序に關係するところ大なるため、これを内國法に

より制限することが一般である。これ折衷主義である。上述の諸国は、いずれもこの制限を認めている。

国際離婚問題を解決する準拠法決定に、かくの如き対立ある以上、またハーグ国際離婚条約の失敗せる現在、この根本問題に答えるものは、唯一離婚地の法秩序だけであつて、国際的法律要件を規律する当該離婚地の国際私法規定である。山口弘一博士は、国際私法のこの矛盾を指摘され、夙に「涉外私法」なる名称を提唱せられた（山口・日本国際私法論上巻三頁）。されば、現在の国際私法はすべて国内法規定である。

わが国において、離婚の準拠法を定めている、かかる国際私法規定に該当するものは、法例第一六条一カ条だけである。同条は「離婚ハ其原因タル事実ノ発生シタル時ニ於ケル夫ノ本国法ニ依ル但裁判所ハ其原因タル事実カ日本ノ法律ニ依ルモ離婚ノ原因タルトキニ非サレハ離婚ノ宣告ヲ為スコトヲ得ス」と規定している。これ、当事者の内外を問わず、また離婚地の内外を問わず、わが国に関する限り、一切の国際離婚問題に対する準則を示したものである。国際私法上この準則にもとずき、具体的事件の解決に当る、各国の実体法を、準拠法という。本条が規定している離婚の準拠法は、離婚原因発生当時の夫の本国法である。したがつて、わが法例は、離婚を身分に関する問題として、属人法の支配によらしめ、大陸法系の例に倣い、夫の本国法主義を採用したことは、明らかである。ただ、夫婦が異国籍の場合に、夫の本国法を準拠法として指定したことは、同性

平等の見地より、近時若干批判せられている（瀧池・国際私法と同性平等二巻三頁）。しかし、後述の如く、各国の立法例は、まだほとんどが夫の本国法主義をとつている。

次に、この準拠法決定の時点について、すなわち婚姻中に国籍の変更があつた場合、いずれの時点における本国法を基準とすべきかについては、本条は離婚原因発生当時の本国法と解されておる。本国法主義を徹底せしめるならば、理論上、ドイツ民法施行法第一七条第一項の如く、訴提起の当時の夫の本国法とすべきものであらう。しかし、これによるときは、離婚原因となるべき事実の発生後における夫の国籍変更により、あるいは離婚が困難となりあるいは容易となるため、妻の予期しない結果の発生が考えられるので、これを避けるため、法例は右の準拠法にしたと、説明せられておる（瀧池・國際私法二六六頁）。ドイツ民法施行法は第一七条第二項において、この場合の妻の不利を保護するため、夫の本国法を制限する、特別規定を設けておる（同上）。しかしながら、法例第一六条本文にいう「其原因タル事実ノ発生シタル時ニ於ケル夫ノ本国法」なる文字は、右の如く、夫の本国法決定の、単なる基準時点決定の意味だけを示すものであらうか。これは、但書のわが裁判所が日本法上の原因を考慮する場合とも関連するが、同一傾向の考え方にしたがうものではなからうか。山田三良博士も、同様の見解を述べられておる（同上）。そもそも、婚姻のバンドを分離して、夫婦の関係を解消せしめる離婚は、当事者間はもちろん、社会的に

も重大な影響を与えるものであるから、当該社会の公序と密接な關係を有するものである。法例の文面は、「其原因タル事実ノ發生シタル時ニ於ケル」と、時点を示しておるようなるも、國際私法上準拠法として問題となるのは、夫の本国法にして、それは特定の法域に行われている特定の法秩序である。されば、適用せらるべき法律は、宛も不法行為の準拠法^(法例二二条)におけるが如く、原因たる事実の發生したる地の法律を準拠法とする場合に等しく、法例第一条が正義衡平の觀念よりいへたる公益規定にして、その原因たる事実發生地の法秩序を重視する如く、第一六条も身分の変動に関する事項ではあるが、こと離婚に関しては、その原因たる事実の發生地の公序を重視しておるものではなからうか。すなわち、本条は屬人法の支配に服する事項なるも、また一面多分に公益的性格の規定にして、元來屬地的色彩の濃いものではなからうか。高井忠夫氏は簡單であるが、これについて「原因事実發生當時ノ夫ノ本国法トセルハ、原因事実ガ真ニ原因事実タルニ適スルヤ否ヤハ其ノ原因發生當時ニ依リテ判斷スルヲ最適切トスレバナリ。一派ノ學者ノ所說ノ如ク強チ夫ノ国籍變更ニ依リテ其ノ離婚ヲ困難若クハ容易ナラシムルコトヲ防止スル目的ニ出デタルモノトノミ解スベキニ非ズ」とされている^{(新訂日本國際私法(法二四―五頁))}。したがって、本条の離婚準拠法決定に関しては、屬人法主義の相互的ヒューマニズムも、事實發生地さらには離婚地の公序にもとづく干渉が強く制限し、かくて、また、但書の特別留保條款の付着となつたもの

ではなからうか。

註1 ドイツ民法施行法第一七条第二項「夫ガ他國ニ屬シタル間ニ生ジタル事実ハ其ノ他國ノ法律ニ依ルモ離婚原因タルカ又ハ別居原因タルトキニ非ザレバ、之ヲ離婚原因トシテ主張スルコトヲ得ズ」ハীগ離婚条約第四条、スイス(NAG §7h)、オーストリア(ADVO §8II)と同様である^(瀧池・学法論叢六一卷二號、國際私法上における離婚一五頁)

註2 山田三良、國際私法第三分冊六二七頁「蓋し離婚の原因は不法行為に非ざるも、訴訟地の公序良俗に関する点に於て不法行為に類似するものであるから、不法行為の場合に行爲地法と訴訟地法とが併せて適用せられたるが如く、離婚の場合に於ても又夫の本国法に於て認められたる原因が訴訟地たる我國の法律に依るも又離婚の原因たる場合に限り離婚の宣告を爲すことを得べきものとする」と。後述の通り今日の通説は離婚原因につき博士の如く同一性を要求せず、これを広く解して原因は両法律にあればよいとしている。

かくて、國際離婚問題を処理する、わが國際私法たる法例第一六条は、離婚なる法律要件に関する、すべての法律關係に対して、準拠法を指定し、これを解決せんとするものである。

まず、そもそも当該外国人夫婦は、わが国において離婚をなしうるか、または絶対になしえざるものかの離婚許可の問題が

ある。法例第一六条は、ハーグ離婚条約第一条第一項ドイツ民法施行法第一七条第四項の如く、特にこの許否の準拠法を規定していないが^(一)、これが離婚準拠法たる離婚原因発生当時の夫の本国法によるべきこと、いうまでもないと解されておる^(溜池・講座二)。また、本条は、従来、本文並びに但書と一体を成して、離婚の成立要件中、その原因事実に関する準拠法のみを規定するものと解されておつた^(山田・國際私法第三分冊六二五頁)。しかし、本条は文面よりみて、右の如く解する要なしと考える。高井氏も次の如く述べておる「第十六条本文ハ明ニ離婚ノ準拠法ニ付テ原則の規定ヲ為セルモノト解スルコト文理上並ニ論理上正當ナリト信ズ。何トナレバ文理上ハ單ニ離婚ハトアリテ離婚ノ原因ハトアラザレバナリ。又論理上ヨリ謂フモ先ズ離婚ヲ許スベキヤ否ヤガ定マリテ後始メテ若シ離婚ヲ許ストセバ如何ナル原因ニ依リテ許スベキカラ決スベキナレバナリ」と^(前掲)。したがつて、離婚の準拠法たる離婚原因発生当時の夫の本国法が離婚を禁止する場合には、わが国においては、原則として離婚はできない。由來、身分能力の問題を本国法に送致する屬人法主義の考え方からすれば、かかる法律關係を規律することは当事者と最も濃密なる關係の法秩序によるべしとし、外国人といえども、内国においても宛もその本国におけるが如く取扱わんとするものである。しかし、社会の外部的強制秩序である内国法の領域においては、屬人法主義の理想通りに、当事者がいづれの国へも、自国法秩序を持参し、その効果を実現させることは

できない。何となれば、法、特に国内法は、当該國主權の発動にもとづく秩序形式にして、ヒューマニズムにより、無制限に、外國法秩序をそのまま承認することは許されないからである。ここに問題となるのは、夫の本国法が適用せられ右の如き離婚拒否の場合に、妻が内国人なるときはいかん。夫の本国法が離婚を認めない故、妻は右の準拠法のもとでは、永久に離婚することができないことになる。この場合に、内国の公序問題として、離婚を禁止する外國法を排斥し、内國離婚法を適用することは、すなわち、少くとも、ドイツ法^(七條二項)の如く、夫の本国法上別居原因も存在しない場合においても、日本法上の離婚原因にもとづいて、日本人たる妻の離婚請求を認めるが如きは、公序觀念の不当な拡張なりという見解がある^(溜池・講座二卷五六頁、同氏・前掲)。前述の通り、屬人法主義の建前からは、法例第三〇条の干渉は、その許す最少限度に止めるべきであらう。川上太郎教授は、次例を引用して、法例第三〇条の適用を肯定せられている。例えば、日本女子が伊太利男子との婚姻により、伊國籍を取得した後、わが國法に従えば離婚原因たるべき事実が生じたるも、離婚準拠法たる伊太利法が離婚を認めないため、止むなく伊太利法に従い別居をなし、その後日本國籍を回復し日本に居住して、わが裁判所に離婚訴訟を提起した場合、法例第三〇条により、伊太利法は排斥せられ法廷地法たる日本法により、離婚を認めんとするのである^(川上・國際私法講義二八頁)。これは、一九二二年、フランス破産院が、上例の如き事件のフ

エルラリ (Ferrari) 判決において、認めた態度である。この判決に刺激されて、一九二九年にはスイス、一九三三年にはドイツ、スウェーデンが、自国民の離婚を許すため、最後の共通本国法主義をとるハーグ離婚条約を脱退した。ドイツにおいては、一九三五年「妻の離婚法」を制定し、妻の離婚の訴には妻のみドイツ国籍にして夫がこれを有せざるるとき、夫の本国法が離婚を許さない場合でも、ドイツ法を適用することとした。これは、すでに以前より、ドイツ学説が、民法施行法第三〇条にもとずいて示しておった軌道を進んだものといわれておる (Raape, IPR, 4. Aufl. S. 279)。しかし、この法律でも十分でなく、一九四一年婚姻法の改正により、民法施行法第一七条第三項が現行の如く改正せられた。かくて、ドイツ国際私法における夫の本国法主義は、重大な制限を受けたのである (Raape, a.a.O.)。ラーベは、離婚準拠法 (独民施行法一七条) について、同第三〇条の干渉を次の如く述べておる、「第三〇条は、外国法に連結するすべての低触規定の上位に立つもので、それは、民法の第二二条 (債義の原則) がすべての債権法の規範の上位に立つのと同様である。そして、ただこれらの上位に立つのみでなく、実に第一七条第四項も、さらに詳述している第三項も、いずれもこの見解 (2) に反対する arg. e. contr. ではないのである」 (Raape, a.a.O.)。これらについてみれば、わが法例第一六条に対しても、この性質上、公序法の干渉が他の場合より一層強いことを示すものではないだろうか。去る七月一〇日言渡の東京地裁の判決である

が、離婚を禁止するフィリッピン人を夫とする、日本人妻の離婚の訴に対し、夫の本国法上別居原因も存在しない場合に、法例第三〇条を適用して、これを許したものである (判例タイムズ 八二九号九二頁参照)。

註 1・2 ドイツ民法施行法第一七条第三項第四項「判決ノ當時ニ於テ妻ノミドドイツ国籍ヲ有スルトキト雖モ、妻ノ訴ニ対シテハドイツノ法律ヲ適用ス。コノ場合ニ婚姻ガ解消セラレルトキハ、夫ノ申立ガドイツ法ニ基キ理由アル限り、ソノ申立ニ基キ妻ヲ有責ト宣告スルコトヲ得」「外国ノ法律並ビニドイツノ法律ニ依リテ離婚ヲ為シ得ベキトキニ限り、内国ニ於テ外国ノ法律ニ基キ離婚ヲ宣告スルコトヲ得」次に、離婚の方法および機関については、今日、裁判離婚のみを認めるのが一般的 (ドイツ、フランス、オランダ、イギリス、アメリカ合衆国、ソ連邦) であるが、元首または行政機関によるもの (デンマーク)、宗教機関によるもの (ギリシア、一九四五年迄のブルガリア)、議会の特別法によるもの (ケベック、ア、単純な契約あるいは一方的意思表示によるもの (イルランド)、単純な契約あるいは一方的意思表示によるもの (ラベの参考する) (Wolf, IPR, 3. Aufl. S. 206)、またわが国の如く協議によるものもある。わが国際私法上は、離婚の方法および機関も、成立要件の準拠法として、離婚原因発生当時の夫の本国法による。しかし、いかなる機関が離婚の許可ないし宣告権限を有するかは、むしろ手続に属することで、離婚地の法律、すなわち法廷地法の定めるところにしたがわなければならないとし、場合により本国法上の離婚方法も離婚地法により制約せられ、例

えば、本国法が宗教機関による離婚方法をとつていても、わが国法はかかるものを認めない、かくては本国法による離婚方法にしたがえない、故に本国以外の国では離婚をなしえないから、この離婚方法の観念は広く解する必要があるとし、宗教機関による離婚も、わが国においてはかかるものに離婚の権限を認めないが、裁判機関にはこれを認めているから、この場合はわが裁判機関によらしめてよいであろうという見解がある（瀧池・講座二卷五六七頁）
（前掲論文三三—三五頁）この解釈は、わが国の管轄が一応認められた場合には妥当するであろうが、また外国において日本人のなした宗教機関による離婚を、わが国際私法上裁判離婚と性質決定することは自由であろうが、前述の場合に、わが性質決定が夫の本国法上否認せられるときは、無意味なものとなるのではなからうか。この場合、配偶者の一方すなわち妻の本国が問題となるであろうが、それが日本人でもあれば別として、外国人なる場合は、当該本国の立場をも考慮せざる以上、跛行婚に終ることが多いのではなからうか。機関の問題を手續に関する事項とするには、やはり準拠外国法上の性質決定をも、考慮する必要があるのではなからうか。結局、次の例と同様ではないかと考える。さらに、機関の問題について注意すべきは、わが国の調停離婚と審判離婚についてである。久保岩太郎博士は、これら制度のわが実質法上の性質決定よりして、国際私法上はこれらを裁判離婚と解され、わが国際私法上は裁判離婚並びに協議離婚を離婚と観念するとされ、これを夫の本国法に送

致しているのであるから、審判離婚および調停離婚の性質が裁判離婚に属するか協議離婚に属するかを問わず、これを夫の本国法に送致していることは明らかであるとして、日本に住所を有するドイツ人夫婦につき、わが家庭裁判所に離婚の調停の申立があつたとき、ドイツ法は裁判離婚だけしか認めていない、そこでこれは結局離婚の準拠法たるドイツ法の解釈の問題で、ドイツ法がわが審判離婚または調停離婚をドイツの裁判離婚と同視するように工夫する必要がある、このためにはドイツ法上の裁判離婚の原因がある場合だけに離婚の調停の成立を認めまたは離婚の審判をなすべきで、かようにすれば、ドイツ法上においても恐らくわが調停離婚または審判離婚をドイツ法上の裁判離婚と同視するであろうとされておる（国際私法二卷三—五頁）。しかし、これは、わが立場のみを考慮した、一方的推定ではなからうか。博士もいわれる如く、これら制度が離婚の準拠外国法上いかなる性質決定をうくるにかかると、上述のわが国内法上の性質決定にもとづく推定は、結局一方的に終るものではなからうか。されば、本国法が裁判離婚を命ずる場合には、わが訴訟手續上調停前置主義が原則とせられるにもかかわらず、かかる本国法の外国人に対しては、これを裁判離婚に付するのが妥当であろう（瀧池・講座二卷五六八頁）。

離婚機関によらざる離婚の場合は、その方式は方式の一般準拠法により、離婚の準拠法によるもよく、また離婚地法によつてもよい。

いかなる事実が離婚原因となるかも、原則として離婚準拠法たる、離婚原因発生当時の夫の本国法による。ただ、わが法例は、夫の本国法の適用に、重大な制限を加えている。これは、もとより内国（離婚地）の公序の要求にその根拠があるもので、法例第三〇条の一般留保條款に対して、特別留保條款と呼ばれ、一般留保條款にいう公序の觀念を超えるような場合にも、内国実地法による制限を認めようとするものである（久保・概論）。したがって、その性格は法例第三〇条と異ならないもので、原則的準拠法に対する制限は単に消極的なものにすぎず、離婚原因について夫の本国法と日本法とが同等の価値をもつて適用せられるのではなく、離婚の成立を基礎づけるものは、原則として夫の本国法であり、日本法は単に消極的に調節的機能をいとなむにすぎないとされている（実方・概論二九〇頁）。これに対して、このような特別留保條款がこの場合必要か否かは大いに疑わしいとし、本国法を離婚の準拠法と定める以上、一般留保條款が適用せられる場合を除いて、離婚準拠法上離婚原因ありとせられる場合には、内国法上離婚原因の存しない場合でも、つねに離婚を認めるのが、立法論としては妥当であろう、という見解がある（溜池・講座二卷五七〇頁。高井氏は法例第三〇条の干渉を強に認められる立場より第一六条但書は一種の注意規定にしてこれなくも解釈上は同様の解釈論成立す）。しかし、法例の離婚準拠法を前述の如く解釈すれば、但書の存在は意味あるものと考ええる。これは離婚制度そのものの本質よりするも、離婚地の公序維持こそ、実に原則的なものではなからうか。現にイギリスおよびアメリカ

の見解は、すべて離婚を *lex fori* によらしめておるし（Rae. s. 210）、また後述各国の立法例も大部分この制限を認めている。最後に、離婚の効果については、法例第一六条の離婚なる語には、その効力も含むものと解せられるから（山口・親族法および国論・二三五頁）、離婚の準拠法たる離婚原因発生当時の夫の本国法による。わが裁判所が、離婚の宣告をなす場合においても、離婚の効果については、専ら右の準拠法によるべく、第一六条但書の日本法による干渉はうけない（Rae. a. a. o.）。

三

離婚は婚姻のバンドを分離するものであるから、元来当事者の専断に委ねらるべき事項ではなく、西欧離婚史の示す如く、いずれも、公の權威にもとずく宣言または登録を必要とする。されば、今日、裁判離婚主義が世界的傾向である。最近のソ連離婚法も裁判離婚のみに改めた。

この裁判離婚については、まず訴はいずれの国の裁判所に提起さるべきかの離婚訴訟の管轄権が問題となる。このことは国際離婚については、實際上最も多く問題となるもので、準拠法決定以上に困難な場合を生ずる。離婚の管轄権についても、今日、未だ、世界に共通する国際民事訴訟法上の原則なるものは存在しない。したがって、各当該訴訟地国は、国際私法の一般目的に照らし、当該国の衝突規則上の原則に立つて、これを各当該訴訟地国の内国法秩序において決定せざるをえない。

これ、今日、世界の現状にして、ここに問題解決の複雑性がある。わが国においては、管轄権決定に対する、かかる国際民事訴訟法規定は現在一カ条もない。よつて、唯一の国際私法規定たる法例第一六条を中心に、一般訴訟法理論および内国民民事訟法上の諸規定を参照類推して、その解決をはからざるをえないのである。

離婚は夫婦たる身分の解消に関する問題であるから、身分能力は当事者の本国法による、わが国際私法の属人法主義の建前より、原則として、当事者が対人高権に支配せられる本国裁判所の管轄に属することは、理の当然である。ただ夫婦が国籍を異にする場合、いずれの本国が管轄権をもつかが問題となる。

従来の解釈論は、法例第一四條第一五條および第一六條の諸規定より、わが国際民事訴訟法の立場としては、夫の本国に管轄権ありとした（江川・国際私法）。しかし、法例第一六條の夫の本国法は、離婚原因発生当時の本国法であるから、離婚原因発生後に、夫が国籍を変更した場合には妥当でない。本条は、第一四條第一五條と異なり、属人法主義の立場に、相当変更を加えたものと解することより、次の被告の本国法説を妥当と考ええる。すなわち、夫婦異国籍の場合の夫の本国法説に対しては、管轄権の決定は、必ずしも準拠法の指定と不可分の牽連関係にあるものではなく、国際民事訴訟法自体の立場より決定しうるものとし、また、法例の夫の本国法優先の原則は、両性平等の見地より批判せられている点よりも適当でなく、「原告は被告

の裁判所に訴を提起すべし」(*actor sequitur forum rei*) の原則にしたがい、民事訴訟法第一条と類推して、被告の本国の管轄権を認めんとするものである（瀧池・講座二卷）。しかし、民事裁判権の問題は、元来当事者に対人高権のおよぶ本国主権の作用に属する事項にして、夫婦同一国籍の場合にその共通本国に管轄権あることは当然としても、夫婦異国籍の場合には、それぞれの当該本国の立場を考慮せざるをえないもので、夫にせよ、妻にせよ、これをわが立場において決定することは、一方的決定ではなからうか。むしろ、これは訴訟法の一般理論に委すことが妥当であらう。本国の管轄権に関する、わが国の立場については、民事訴訟手続法がその第一条に日本人に関する場合を明定している。恐らく、各国も同様であらう。

離婚の管轄権が、原則として本国に存することは、対人高権の支配より、当然のこととしても、かくては、当事者は本国以外においては離婚できないこととなり、国際私法の使命は大半失われることになる。ここにおいて、補充的に住所地国の管轄権を認めることが諸国国際私法の一般である。わが国においても、法例第一六條但書が、わが裁判所に、外国人に対しても離婚を宣告しうる場合を予想していることは明らかで、わが国際民事訴訟法も、離婚の管轄権を、当該外国人の住所を連結として、住所地国たるわが国に認めることは肯定できる。これは、わが領土高権の作用としても当然であらう。かく住所地国たるわが国の管轄権を認めるとして、夫婦が住所を異にする場合

に離婚原因を得て日本に住所を有する場合、妻の本国法が此の場合の裁判管轄を認める事を条件とすべきや否やである。元来、本国法主義の法制の下に於ては住所のある国よりも国籍のある国の方が、より大なる利害關係を有すると為すのは当然である。従つて、夫婦の双方が外国人である場合の身分關係事件に付ては、本国法が自国民の身分關係事件を自国の裁判所の專屬とする場合には住所地の裁判所は其の管轄を有しないと定める事も可能であり、現にドイツ民事訴訟法は其の第六百六条第三項第一号に於て夫婦の双方が外国人である離婚訴訟に付右の如き定を為して居る。併し、之を当事者側から言へば一概に本国が住所地よりも大なる利害關係を有するとは限らない。故に是の如き事項は当事者の考慮に委すべきであり、裁判権を一体に制限する事は完全に合目的々ではあり得ない。我が民事訴訟手続法に於てはドイツ民事訴訟法の如き規定を置いて居ないのであるから右の如き制限を加うべきものではない。右例外的場合は多少趣を異にする点もないではないが、原則的には本国に於て認められるか否かは当事者の考慮すべき事項に属する。従つて、右の場合に於ても制限はないと解するのが妥当であろう。唯、實際訴訟に於て裁判官が当事者に対し右の点を注意する事は望ましい事である。(妻が日本人である場合は右の如き考慮の必要がないのは言を俟たぬ)と。(上掲論文八頁)

四

人事事件の効力は、一般に對世的であることが要請される。したがつて、ある国における離婚が、当事者の本国において、否認せられるようなことは、好ましいことではない。しかしながら、現在の國際離婚においては、このような現象が、しばしば生ずる。跛行婚と名附けられている。したがつて、ある国においてなされた離婚が、外国においても、有効な離婚として認められるか否かの、國際私法上は一見矛盾のような、離婚の涉外的効力いかなの問題が論ぜられる。これは要するに、前述の如く、離婚に関する準拠法、並びに管轄権その他國際民事訴訟法に関する、世界に共通の原則なく、各国の規定がそれぞれ異なることに、原因するものであらう。

されば、外国においてなせる離婚が、内国において、また第三国において、認められるか否かは、一にかかつて、当該国の立場いかんによるのである。したがつて、当該国において、承認せられるか否かは、当該国の國際私法並びに國際民事訴訟法その他の關係法律上の諸規範に、準拠せるものか否かが、検討されなければならない。故に、例えば、極端な場合としては、日本人に関する、日本法による、わが裁判所の離婚判決であつても、当事者がわが国に住所を有しないときは、離婚の準拠法として、住所地法主義をとる国では、否認せられることがあ

五

離婚に関する世界の法律概観 (Schnitzer, Handbuch d. Priv. Bt. I. 3. Aufl. S. 304ff. 以下は略す)
 (その他詳

A ヨーロッパ

(a) 西部 フランス、ベルギー、ルクセンブルグ、

(b) 南部 ポルトガル、スペイン、イタリア、ギリ

(c) 中央部 ドイツ、オーストリア、リヒテンシュタ

(d) 北部 スウェーデン、フィンランド、アイスラ

(e) 東部 ソ連邦、ポーランド、チェコスロヴァキ

ア、ハンガリー、ユーゴスラヴィア、

ブルガリア、ルーマニア

B 南および中央アメリカ諸国

C アングロ・アメリカ諸国

(a) 王国連邦およびイギリス帝国

(b) アメリカ合衆国

D アジアおよびアフリカ諸国

(a) トルコ、イラン、支那、イスラエル、エジプト

フランス (外国における仏蘭西人) 仏蘭西裁判所は外国に住

所を有する仏蘭西人の離婚に管轄権を有する。原告が仏人であ

れば足り被告が仏人なるときは本国裁判所に訴訟提起を要求で

きる。被告が外国裁判所の訴訟に応じたときは本国裁判管轄の

放棄となる。外国における仏人夫婦の離婚判決は最近の判例

は承認している。離婚原因は仏法により手続は仏法に反するこ

とをえない。したがって対席的訴訟手続にして判決は仏蘭西判

例にしたがうことを要する。婚姻制限あるいは第三者の承認も

仏法にないものは認めない。仏人女子と外国男子との外国にお

ける宗教上の離婚は承認されている。外国法上の離婚禁止は仏

蘭西の公序に反しない。したがってその外国法は適用される。

(仏蘭西における外国人の離婚) 夫婦が外国人で被告が住所を

外国に有し住所国に裁判籍ある場合仏国裁判所は管轄権がな

い。以上の場合の外は仏国裁判所は管轄を宣言できる。英吉利

人たる夫が住所を外国に有する場合妻は英法上その法定住所は

夫のもとにある故、仏国の裁判管轄権はない。夫婦が共同の

住所を仏国に有し他国の裁判籍のない場合は管轄が承認され

る。妻が事実上別居していても夫の住所で足りる。外国人の宗

教的婚姻は有力な判例によれば離婚できる(これは従前の見解

と反対)。仏国内の僧侶による離婚は本国法による場合でも承

認されない。何が離婚原因かは当事者の国籍による。原告が仏

国籍を有する場合は離婚原因は仏法による。故に仏国において

は仏人たる妻は夫の本国法上離婚が許されない場合でも離婚で

きる。したがって権利の回復 (reue) をした妻も離婚の請求権

を有する。夫婦が外国人なるときは原告はその本国における執行を保証する必要がある。離婚は両当事者の法律により認められているか否か審理される。この際仏国の公序に反する外国法の原因は採用されない。婚姻事件の反致は判例で認められている。無国籍者は住所の法律で離婚できる。仏民法第二二九条ないし第二二三条は四五年四月一二日の命令により改正され姦通不名誉刑虐待侮辱暴行は婚姻が継続できない位重大にしてあるいは繰返された侵害の場合に限られている。

ベルギー 離婚は住所の裁判所が管轄する。瑞西に住所をもつ白耳義人は瑞西裁判所でも離婚できる。白耳義に居住する瑞西人は白耳義裁判所で離婚できる。離婚原因は両配偶者の本国法による。しかし白耳義法の離婚の可能性により制限される。白耳義民法は仏蘭西民法を古い用語のまま使用している。したがって夫と妻の姦通は異つて判断される(第二三〇条)。Rein-
legation は離婚を可能にする。瑞西の判決は被告たる夫が瑞西に住所を有せよるため承認されなかつた。反致は認められない。

ルクセンブルグ ここは白耳義と同じである。

オランダ 住所の裁判所が管轄権をもつ。外国人の離婚には専ら和蘭法が適用される。和蘭はハーグ離婚条約の加盟国である。故に条約加盟国間には条約の規定が考慮される。和蘭人に対する住所国たる外国の離婚判決は原因が和蘭法によつても存する場合承認される。和蘭法は精神病による離婚原因を認めない。

い、また姦通による婚姻障害を絶対免除しない。

(b) 南部

ポルトガル 民事婚が一九一〇年採用されて以来離婚は許されている。

スペイン 離婚は三二年三月二日の法律まで認められなかつた。その後離婚の許可は三九年九月二日の法律により溯及的効力のもとに再び廃止された。したがつて現在外国人の離婚も西班牙では許されない。また西班牙人に対する外国の離婚判決も承認されない。

イタリア ここはいかなる離婚も認めていない(民法第一四九条第一項)。したがつて外国における伊太利人はその本国法が準拠法となる国では離婚できない。また伊太利では外国人も離婚できない。一方が伊太利人で他方が離婚を許す国の国籍を有する場合、後者の本国で宣告された離婚判決は伊太利で承認されるか否か問題となっている。瑞西では認められない教会婚も羅馬法王の *Dispens* で解消できる。

ギリシア 離婚は許されている。離婚原因は四〇年三月一五日の民法第一四三八条ないし第一四五一一条にある。外国人間の離婚には最後の共同国籍の法律およびかかるものないときは婚姻締結当時の夫の本国法による(第一六条)。外国における希臘人の離婚は原因が希臘法による場合認められる。

(c) 中央部

ドイツ (1) 国際的管轄については民訴第六〇六条が四一年一

○月二五日の婚姻法第四施行令第一九条のもとに適用される。独逸裁判所は次の場合管轄権をもつ①配偶者の一方が独逸国籍を有する場合他方配偶者がその住所または居所を独逸に有することは必要でない②配偶者の一方が無国籍で他方が居所を独逸に有する場合判決が他方配偶者の本国で承認されることを要せず夫が外国人なる場合も差支ない③配偶者の一方が居所を独逸に有し判決が夫の本国で承認される場合④離婚は訴提起のときにおける独逸法並びに夫の本国法により原因あるときに許される。両法律上異つた離婚原因でも差支ない。ただ外国法例えば宗教法によつてのみ原因が存し独逸法にない場合は認められない。外国法が反致した場合妻が独逸人で夫が独逸国籍を喪失した場合さらに妻が独逸人で夫が離婚を認めない国の国民である場合は独逸法だけ適用される。夫の国籍変更の場合は離婚原因たる事実はその事実発生当時における夫の本国法により認められた場合にのみ有効である。不完全婚姻(*incompleta*)にはただ独逸法だけ適用されその婚姻を無効とする国の法律は無視される(3)独逸法上の離婚原因は四六年二月二〇日の婚姻法第四一条ないし第五三条による。判決には一方または両配偶者の責任あるいは一方配偶者の重大な責任が明確に判定されなければならない(第五二条ないし第五三条)。重大な責任の判定を要しない外国法例えば瑞西法により離婚した場合はこの必要はない。反対に独逸判決には有責配偶者に対する待婚期間は仮令適用された外国法例えば瑞西法に規定されていても言渡されな

い。これは刑罰的なものとしてただその領土にだけ適用されると解されている。東独はなお四八年二月二一日の命令で区裁判所に管轄権がある(4)独逸国民に対する外国離婚判決は民訴第三二八条に規定された条件に該当する場合承認される。これに関する確認は四一年一〇月二五日の命令第二四条により一定の官庁に委任されている(以前は司法大臣又はその指定せる官庁、現在は東西独逸の中央官庁、伯林には効力なし〔四七年十二月二三日の指令〕)。外国の裁判権は一般管轄が特別管轄を要するか争われている。第三二八条の相互保証は放棄できる。外国の管轄の不正手段による取得は禁ぜられている。これに反し判決が当事者間の同意により成立したか他の通謀によるものかは再審査されない(5)独逸において次の外国人は離婚できる、丁抹、仏蘭西(住所が独逸国内にある場合他はできない)英国(住所の概念を審査する)アイスランド、ニカラグア、諾威、埃太利(四七年十一月二二日埃太利連邦司法省が相互保証の宣言以来離婚できる)瑞典、瑞西(執行条約により管轄が瑞西法による場合瑞西でも承認される)アメリカ合衆国(各州の法律及びその住所概念の審査を要する)。次の外国人は離婚できない。離婚を認めない国(伊太利、西班牙)専属管轄を要求する国(トルコ、洪牙利)独逸判決の承認を保証しない国(波蘭、同国民訴第五二八条による)イラン国籍の者および支那国籍の者。従前離婚できなかったユーゴスラヴィヤ、オーストリア(1)管轄権については独逸婚姻法第四施行令第

一九条第一項第二四が適用されているので独逸と同様で埃太利裁判管轄権規則第七六条第二号も同様に改正され適用されている。埃太利の外国人配偶者は次の場合離婚できる④配偶者の一方が埃太利人なるとき⑤配偶者の一方が無国籍なるとき⑥両配偶者の居所が埃太利内にあり埃太利の管轄権が夫の本国法により承認せられるとき。したがって次の国民は離婚できる、独逸（四七年一月一二日連邦共和国司法大臣布告、同様に維納における四八年六月二三日の布告）（仏蘭西（いかなる住所も仏国に存在せず実体的に仏法が適用される場合）次の国民は離婚できない、伊太利（この国が離婚を認めないことによる））チェコスロヴァキア（2）埃国民に対する外国の離婚判決は夫が埃国人でその居所が埃国内にある場合は承認されない（3）実体的には一九三八年七月六日の独逸離婚法が適用される。これは四五年七月二六日の埃国法により変更され適用されている。埃太利法の第四六条ないし第六一条は独逸法第四一条ないし第五三条に当る。実体上若干異なるものは独逸法第四二、四三、四八条第三項、五三条である。なお埃太利法第四八条は特別の離婚原因として生殖の拒否を規定する。離婚原因は当事者の本国法による。リヒテンシュタイン カトリックの婚姻と非カトリックの婚姻を区別し前者は離婚できない。後者の離婚には専属の裁判権は要求していない。したがって外国での離婚も原則として許される。

スイス 離婚は民事裁判所によつてのみなされる。僧侶によ

るものまたは外交的な領事による離婚は本国法により可能な場合も認めない。瑞西裁判所は外国人の本国が専属管轄を留保するときは国際的管轄権をもたない。このような管轄の専属のない場合はNAG第七条hにより瑞西で離婚するには次の条件を要する①瑞西裁判籍の管轄は両当事者の本国により承認されておること②離婚原因は瑞西法により存在すること③離婚原因はまた本国法によつても承認されていること（両当事者外国人なる場合は原告の本国法のみならず被告の本国法においても承認されておること、一方無国籍のときは他方の本国法のみでよい、配偶者が婚姻中法律を変更した場合は離婚原因はその発生当時の法律にもよることを要する）。原因の瑞西法および外国法による同一性は必要でない。次の国民は瑞西で離婚できる、白耳義（瑞西に両配偶者の住所のあること）ブルガリア（離婚が承認せられる公の宣言はないが期待できる）丁抹、独逸（独瑞執行協定第三条により管轄が独逸法で認められる場合財産法に関する以外の判決は承認される、これは独民訴第六〇六条により審査される、両配偶者は居所を瑞西に有することを要す、東独については第六〇六条が改正のものか以前のものか疑問、旧法では承認される、ただしこれは瑞西における夫の住所を管轄の前提とする）芬蘭、仏蘭西（夫がその住所を瑞西に有すること被告が訴訟に応ずること、この場合瑞西判決は執行できる、従前の判決は異なる）希臘、英国（住所は英法の性質決定により裁判所管区内に存在すること、妻は英法によればその住所を常に夫

のもとに有す、事実上別居の場合も同じ、原始住所と選択住所とは區別される)アイスランド、ユーゴスラヴィア(両配偶者は住所をユーゴー内に有せぬこと、管轄が瑞西法により認められること故に訴は原告の瑞西の住所において被告が住所を本国に有せざる限りは瑞西第三国にある場合も提起できる)リヒテンシュタイン(非カトリック教徒は両配偶者が住所を瑞西に有する場合訴を提起できる、カトリック教徒はできない)ルクセンブルグ(白耳義に同じ)モナコ(仏蘭西に同じ)和蘭(夫の住所が瑞西にあることと和蘭法を適用すること)諾威、埃太利(独民訴第六〇六条の変更および埃太利裁判管轄権規則第七六条は四一年一〇月二五日婚姻法の第四施行令第一九条により四五年一〇月三日の第四条により埃太利に適用される、したがって瑞西裁判所による離婚は配偶者が居所を瑞西に有する場合許される、これは従前と異なる)葡萄牙、ルーマニア(原告たる夫が住所を瑞西に有するか原告たる妻が住所を瑞西に有すること、および最後の婚姻上の住所が瑞西に存したこと、各場合にルーマニア法一八六四年の民法が適用されること)瑞典、チェコスロヴァキア(従来は相互保証なく離婚できなかったが四六年一〇月三日の法律第一九九号が婚姻事件の判決承認を認めた、常にチェコ法の適用を要求する)支那、キューバ、日本、アメリカ合衆国(住所は米法の性質決定によつても裁判所管内に存すること)。次の国民は瑞西では離婚できない、アイスランド(離婚を認めない)伊太利(同じ)波蘭(民訴第五二八条で条約そ

の他協定なき限り外国における自国民の離婚を認めない瑞西の判決も承認されない故に判決は言渡せない)ソ連邦(專屬管轄権を留保している)西班牙(三二年三月二日の法律まで離婚禁止、一九三九年九月二九日の法律で再び離婚を禁止)アルゼンチン(婚姻がアルゼンチン以外で締結されたものでも離婚できない)ブラジル、チーリ、コロンビア、パラグアイ、イスラエル(パレスチナ、宗教法が適用されているため民事裁判所では離婚できない、挙行地法により有効に締結せられた婚姻すなわちパレスチナ法によれば無効なものが離婚されたのは本国と衝突の危険なき故である)。離婚を認めない国の国民は離婚が本国以外でなされた場合も瑞西では再婚できない。

(d) 北部

スウェーデン ここでは一種の國際婚姻法および後見法を規定する一九〇四年七月八日の法律が適用される。外国の瑞典人は夫婦が本国に住所を有せざる場合は最後の共同の内国住所においてまたこれもないときはストックホルム市裁判所で離婚できる。被告が瑞典に原告が外国に居住する場合は被告の内国住所の裁判所が管轄する。実体的には瑞典法が適用される。離婚原因が外国法適用の時点に存した場合は旧国籍の法律によつても存することを要する。外国裁判所による外国の瑞典人の離婚判決は配偶者の住所の裁判所が宣告した場合(住所の概念は外国法の性質決定による)にして離婚原因が瑞典法により存在するときは承認される。行政機関による離婚も承認されるただし

その審査は瑞典宮廷裁判所の判決の確認による。外国人は瑞典においては離婚がその本国法で許されており離婚原因が本国法および瑞典法により存在する場合離婚できる。国籍変更の場合は離婚原因は旧本国法によつても存在することを要する。配偶者が異国籍の場合は最後の共同の国籍、このようなものがない場合は夫の本国法が準拠法となる。本国が専属管轄を要求する場合は瑞典の管轄権はない。外国人に対し外国でなされた離婚判決はそれが本国で宣告された場合は承認される。他の外国でなされた場合は被告がその住所を判決国に有し離婚原因が本国法による場合は承認される。

北欧五カ国間には婚姻養子縁組および後見の国際的法律関係に関する三一年一月三十一日の協定第七条が適用される。住所の裁判所あるいは最後の共同の住所の裁判所は当事者の一方がなおそこに居住する場合に管轄権を有する。これ以外の場合は原告は双方の国籍の一方の裁判所を選択する権利を有する。選択せられた裁判所は実体的には *lex fori* により判決する。この協定は同様にデンマーク、フィンランド、アイスランド、ノルウェーにも適用される。

デンマーク 離婚は一九二二年六月三〇日の法律により国王の許可により一年半の別居後にでき、決定的離婚は二年半の別居後にできる。丁抹裁判所は外国に住所を有する丁抹人の離婚にも管轄権を有する。手続は丁抹法による。外国に住所を有する丁抹人に関する離婚判決は承認される。

フィンランド 離婚原因は芬蘭法並びに両配偶者の本国法により存在することを要する。芬蘭は一九二二年一月五日の国際親族法に関する特別法を有する。離婚は住所においてまた最後の内国住所においても申立られる。夫が妻を遺棄したとき、離婚原因発生後国外に移つた場合、混合婚においては相手方の法律が離婚を許さない場合でも芬蘭人は常に訴えることができる。同様のことは婚姻締結のとき芬蘭人だつた者にも適用される。外国にある芬蘭人の離婚は被告の住所においてなされた場合承認される。承認手続はトウルク上級裁判所に属す。国内における外国人の離婚は本国になんら裁判権のない場合は常に許される。本国に裁判権あるときまたは本国が専属管轄を要求するときは芬蘭の裁判権はない。

アイスランド 一九二一年の婚姻法が適用される。

ノルウェー 一九一八年五月三十一日の諸威法は瑞典と異なりその管轄を規定する。諸威裁判所は諸威に住所を有する内外人に対し管轄権を有する。反対に諸威裁判所は外国の住所においては内国人にも外国人にも管轄権がない。実体的には諸威法が適用される。離婚が外国における事実による場合はこの離婚には当時の住所の法律が適用される。

(e) 東 部

ソヴェエト連邦 ソ連法は屬地的である。したがつてソ連国民は外国では本国の承認する離婚はできない。外国人の離婚に対してはソ連法が適用される。これは一九四四年六月八日の指

令による。離婚は国家裁判所に属する。国家裁判所は法律に離婚原因が規定してないため離婚を宣告すべきか否かを判定する。

ソ連の実体離婚法の変遷は今日まで三段階をへた。一九一八年の婚姻法第八七条ないし第九〇条によれば離婚は人民裁判所に出訴し、離婚原因として適用されたのは配偶者双方の同意並びに離婚を希望する一方配偶者の申出であつた。一九二六年には離婚は一層簡易化された。すなわち戸籍役場で行われ婚姻当事者一方の解消を要求する一方的意思表示で十分であつた。戸籍役場はこの場合離婚させ、その申立のコピーを他方当事者に送付した。戸籍役場はこの際子供の問題も決定する。当事者間に問題のあるときは人民裁判所が決定する。この改正は離婚率を非常に高めた。一九三六年五月二六日の「ブラウダ」は墮胎禁止に関して自由恋愛と放縦な性生活は明らかにブルジョアジーのもので社会主義の道德原理に反すと非難した位で、同年また改正された。これは財政的考慮から離婚を困難にしようとし、すなわち戸籍役場は離婚の回数に応じ手数料を高額に引上げ、第一回は五〇留二回目は一五〇留三回目以上は三〇〇留とした。しかしついに一九四四年最高幹部会布告で裁判上の離婚のみとした。これ以来のソ連の離婚観は、プロレタリア革命はブルジョアの婚姻の桎梏を打破したもので社会主義社会の離婚の原因および条件も全くこれと異ならねばならないとし、離婚の正當な規程は家族の一層の強化を図ることにある故、社会主義社会では離婚を配偶者自身の判断に任せるべきでなく、ただ国家機

関として裁判所だけが離婚させる権利があるとしている（これは革命初期とは全く百八十度の転向であろう）。判例の傾向は婚姻の目的が主として子供の教育を強調する点より共同生活および子供の教育の義務が履行せられない場合離婚させておるようである。裁判上の離婚をするにはまず申立を人民裁判所にする。ここでは配偶者の和解を目的とし離婚原因を調査し種々の処置を講ずる。人民裁判所は申立を新聞に公表する。和解が成立しないときは手続は上級の国家裁判所に移される。例外として配偶者一方の失踪慢性精神病長期の自由刑の場合は申立は直接上級裁判所に提出される。法律はなんら離婚原因を掲げずこれらの評価を裁判所の自由裁量に任せている。判決にみられる離婚原因評価の基準は不公平なものでないこと社会主義の道德に反しないことの原則を確立している。裁判所は職権で子供の扶養義務財産の分配を決定し判決後戸籍役場は該當の証書を交付しパスに記入する。離婚手数料は高価で人民裁判所一〇〇留戸籍役場五〇〇留から二〇〇留でこれは判決後一方の当事者または両方から支払われる（Schulz, Russische Rechtsgeschichte (1931, S. 305ff. Bratus, Sowjetisches Zivilrecht, Bd. II, 1953, S. 470ff. など）官局昇氏ツヴェット離婚手続法（モリスト一四九号三〇頁以下参照、同氏が最後に結局において彼等の言うブルジョア国家の諸制度と大きな相違のない道を歩くとも離婚訴訟が歩まんとしていることは疑う余地はないようであるといわれているがこれは実体財産法の部門でもある程度いわれるのか）。

ポーランド 外国裁判所の波蘭国民に対する離婚判決は条約が成立していない限り承認されない。外国人は波蘭で配偶者の本国法の適用のもとに離婚できる（一九二六年の法律第一七

条第一項第二項)。波蘭の実体離婚法は現在一九四五年九月二五日の婚姻法に関する命令第二四条で統一されている。

チエコスロヴァキア チェコ国民に対する外国離婚判決の承認は一九四六年一〇月三日の特別法による。外国人は本国法の適用のもとに離婚できる。実体離婚法は一九五〇年一月一日効力を生じた新親族法中に規定されている。これは離婚を困難にしている。

ハンガリー 外国裁判所による洪牙利国民の離婚は承認しない(一八九四年の法律第三一号第一一四条)。外国人は同法第一一六条により判決が本国において承認される場合は離婚できる。法律の適用は第一〇九条にある。洪牙利の実体離婚法は四五年八月一六日の命令により重大な変更をうけたが右の法律中に規定されている。特に離婚は五年の別居後責任の存在を必要とせずに許される。さらに離婚は相互の申合せで婚姻後二年に許される。また離婚は三年間の不治の精神病により許される。

ユーゴスラヴィア 外国裁判所のユーゴ国民に対する離婚は阿配偶者が外国に生活している場合承認される。管轄はその外国の法律による。実体離婚法は現在四六年四月三日の婚姻法第五五条ないし第六三条により統一されている。

ブルガリア 宗教的離婚法の廃止以来外国における自国人の離婚もブ国実体法が適用されている場合は承認しているようである。これは現在四五年五月三日の法律による。同法第五六条ないし第六三条に離婚原因を規定する。相互の申合せによる離

婚もできる。ブ國人たる妻は離婚が夫の本国法上許されない場合でも離婚を請求できる。外国人は第四六条により本国がブ国の管轄を承認する場合離婚できる。実体的には配偶者の本国法が適用される。異国籍の場合は最後の共同国籍の本国法により、これがない場合は夫の本国法が適用される。

ルーマニア 離婚原因は民事法第二二一条以下。外国の離婚判決はル国実体法が適用され夫が原告で判決国に居住するかまたは妻が原告で判決国に居住し最後の婚姻住所がそこにあつた場合承認される。外国人はル国で最後の共同国籍の法律により離婚できる。

B 南および中央アメリカ諸国

ここで注意を要するのは南アメリカ諸国は一部はブスタマンテ法典の一部はモンテヴィデオ条約の一部は両者を採用しており、またこれに種々の留保も宣言せられておることである。一九四〇年のモンテヴィデオ条約は住所地法を適用している(第一五一条管轄第五九条)。住所地法による離婚は全条約国において承認される。ただ婚姻が締結せられた国家だけはこれを承認する必要はない、しかし重婚は許されない。妻は離婚しても新住所設定まで夫の住所を保持する(第九条)。ブスタマンテ法典は婚姻締結には国籍主義を採用する(第三六条)。配偶者が裁判所管轄区に居住する場合その裁判所は彼らの国籍にかかわらず *lex fori* を離婚原因に適用する。管轄権のあるのは夫の住

所の裁判所である(第二四条)。離婚の承認および再婚に関する権利についてはブラジルが留保している。プスタマンテ法典およびモンテヴィデオ条約はただ条約国間だけ適用される。他は各国家の立法上一般的に不完全な国際私法によらざるをえない。この場合重要なことは離婚を認めない国は国際離婚事件を異つて取扱つておることである。

ブラジル ここでは内外人ともに離婚できない。ブラジルで婚姻した外国人は別居できる。外国における外国人の離婚は承認されるが離婚した外国人の再婚はブラジルでは許されない。アルゼンチン ここでは反対に前例の如き再婚を許している。

アルゼンチン ここでは反対に前例の如き再婚を許している。外国で締結せられた婚姻は離婚できない。また外国の離婚判決は外国人に関するもので離婚が住所の裁判所により宣告されたものでも承認されない。ただし一九四〇年のモンテヴィデオ条約の範囲内は承認する。

メキシコ 離婚は許される(一九三五年五月二七日の親族法第一四九七条以下)。離婚は相互的同意のもとに二人の証人の立会で登録すれば許される。外国人にはメキシコ連邦法が適用される。

C アングロ・アメリカ諸国

(a) 王国連邦およびイギリス帝国

イングランドでは離婚は一六六六年以来許されている。しかし最初はただ議会の特別法によつてのみ可能であつた。一八五

七年の婚姻事件法(Marriage Act)により宗教裁判所以外のものに管轄が認められた。離婚原因は漸次拡張せられ今日では一九三七年の婚姻事件法により姦通虐待三年の遺棄および五年間の精神病(はじめの三年間は原則として離婚は許されない)が採用されている。スコットランドでは一九三八年の離婚法が適用され住所の裁判所に管轄権がある。居所では十分でない。避難者(Refugee)の場合は恒久的住所の権利の成立しないときも管轄権が承認される。夫が妻を遺棄した場合および外国に在る場合妻は英吉利の住所で訴えることができる(一九三七年の法律第一三条)。その他、妻は他の場所に生活していても夫と住所をともにする原則は厳格に守られている。英吉利裁判所が合意により管轄ありとされることは許されない。婚姻事件には専ら英法が適用される。仮令外国人が問題となる場合も同様である。

英国民に対する外国離婚判決は夫が英法の性質決定により住所を管轄区内に有する裁判所で宣告された場合は承認される。離婚原因が英法と一致することは必要でない。また離婚判決が住所の裁判所で宣告されない場合でも住所国で認められる場合は承認される。本国裁判所の判決でも英国内に住所を有する外国人の場合は承認されない。英帝国の自治領は各自の離婚法を有する。オーストラリア連邦は各州が離婚法を有する。ケヴェックおよび北アイルランドでは離婚はただ議会の特別法でのみ許される。

(b) アメリカ合衆国

婚姻は、最初、契約として、したがつてまた離婚の訴は取消の訴(主として売買契約の)として観念された。裁判籍は婚姻締結の場所であつた。その後、婚姻の侵害は不法行為(tort)とみなされ裁判籍は不法行為地または行為者の住所であつた。今日の通説は共同の婚姻住所における生活関係とみる。したがつて裁判籍は最後の共同の住所である。実的には *lex fori* が適用される(Section 135)。米国の見解でも妻は夫と住所をとにする。夫が妻を遺棄した場合は夫の新住所は妻の住所とはみなされない(Section 29)。離婚判決が住所地でなされた場合は他のすべての州で承認される。原告の住所における判決は被告自身手続に出頭した場合は同様である。外国の判決は住所が米法の性質決定により判決国に存在する場合承認される。しかし司法手続は非常に区々で各州の判例が基準となる。

D アジアおよびアフリカ諸国

トルコ ここは瑞西民法を継受した。離婚原因は瑞西法と全く同様である(第一二九条ないし第一五五条)。一九二四年四月二二日の民訴改正法第一三六条第六号でトルコは自国民の離婚に専属管轄を要求している。したがつて外国裁判所の判決は承認されない。管轄の権限のあるのは最後のトルコの住所の裁判

所で、このようなものないときはアンカラ裁判所である。

イラン シイーテン(回教徒)には離婚原因はイラン民法第一二〇条以下による。夫は一方的離婚権を有し離婚原因の大部分を主張しうる。反対に妻の離婚権の範囲は非常に狭い。非回教徒は宗教法により離婚できる(一九三三年七月二二日の法律)。外国における回教徒のイラン国民の離婚は承認しない。

支那 民法は協議離婚(第一〇四九条)を認める。また第一〇五二条の原因による裁判離婚も認める。外国人は支那で離婚原因が支那法によりおよび離婚原因発生時の夫の本国法により存在する場合離婚できる(一九一八年の法律第一一号)。

イスラエル 各宗教団体の法律が適用される。猶太人の離婚は夫の側より離婚状の交付によりまたラビの監督のもとに妻の承諾によりさらに猶太僧の管理する登録簿に離婚の登録をすることにより行われる。他に外国人に対してその本国法を適用する区裁判所がある。外国民事裁判所によるイスラエル国籍所有者の離婚は承認されないようである。

エジプト 離婚には宗教法が適用される。この国は大部分回教的(Nautilisch)である。外国人に対しては現在エジプトの裁判所が管轄している。夫の本国法を適用する(民事法第一三条)。